

# A CIRCULAÇÃO INTRACOMUNITÁRIA DE BENS CULTURAIS NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA: UM QUADRO COERENTE DE ORIENTAÇÕES JURÍDICAS?

## THE INTRA-COMMUNITY MOVEMENT OF CULTURAL GOODS IN EUROPEAN UNION LAW: A LEGAL FRAMEWORK OF COHERENT GUIDELINES? \*

ABEL LAUREANO \*\*  
UNIVERSIDADE DO PORTO, PORTUGAL

**Resumo:** O princípio da liberdade de circulação constitui um dos pilares da União Europeia, pelo que tem um carácter quase absoluto, apenas tolerando exceções em casos muito restritos e de particular relevância. Uma das matérias que integram tais possíveis exceções, é a da proteção das diversidades culturais dos Estados-Membros, ao abrigo da qual são permitidas algumas restrições à circulação de bens culturais; mas, em sentido oposto, existem casos nos quais o Direito da União desconsidera os imperativos decorrentes das diversidades culturais nacionais. Tendo como objeto essas diretrizes jurídicas, coexistentes e de sentido contrário, é cabível avaliar, sobre o pano de fundo do atual panorama jurídico-político da União Europeia, da consistência do traçado do referido quadro.

**Palavras-chave:** Direito da União Europeia; Princípio da liberdade de circulação; Bens culturais.

**Abstract:** The principle of freedom of movement is one of the pillars of the European Union, thus being of almost absolute nature, only tolerating very restricted, and particularly relevant, exceptions. One of the subjects comprised in these possible exceptions, is the protection of cultural diversities of the Member States, under which are allowed some restrictions on the movement of cultural goods; but, in the opposite direction, there are cases in which Union

\* Artigo recebido em 03/08/2015 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 30/08/2015.

\*\* Docente da Universidade do Porto (Portugal). Mestre em Direito (Integração Europeia) pela Universidade de Coimbra (Portugal). *Diploma de Estudos Aprofundizados* (D.E.A.) pela Universidad de Santiago de Compostela (Espanha). Diploma em Estudos Europeus (D.E.E.) pela Universidade de Lisboa (Portugal). Pós-Graduado em Estudos Europeus pela Universidade de Lisboa (Portugal). Licenciado em Direito pela Universidade de Lisboa (Portugal). E-mail: [alaureano1@gmail.com](mailto:alaureano1@gmail.com)

Law disregards the imperatives arising from national cultural diversities. Considering those legal guidelines, which coexist and point in opposite directions, it's important to assess, taking into account the backdrop of the current legal-political landscape of the European Union, the consistency of such legal guidelines.

**Keywords:** European Union Law; Freedom of movement; Cultural goods.

## 1. Introdução

A temática da União Europeia insere-se, naturalmente, na genérica constatação da utilidade da História para a compreensão do presente; não foi por acaso que o processo de integração europeia se iniciou pelo modo como o fez, nem são casuais os caminhos (ou, pelo menos, alguns deles) onde tem vindo a desembocar. A primeira manifestação da integração europeia teve como alvo essencial a pacificação do Continente Europeu, e mais especificamente a reconciliação entre Alemães e Franceses, vista como um meio de procurar impedir futuras confrontações que degenerassem em horrores como os da Segunda Guerra Mundial; visou-se pois, logo à cabeça, a consecução duma *paz* intraeuropeia tão duradoura quanto possível (desejavelmente ilimitada). A segunda grande preocupação que norteou os Europeus da década de cinquenta do século passado foi a do bem-estar *económico*: numa Europa destruída pelas chagas da guerra, não seria fácil lograr uma situação de paz, face ao desconforto, revolta e sofrimento dos Povos. Importava pois zelar pelo desenvolvimento económico, propiciador da indispensável acalmia suscetível de permitir, aos Europeus, sentarem-se à mesa para debater de modo pacífico os seus problemas e dissensos. Por tais razões nasceram, também, as Comunidades Europeias: assim foi fundada em 1957, mediante o Tratado de Roma, a mais importante daquelas, a Comunidade Económica Europeia (CEE), que viria a estar na raiz do surgimento, pela sua própria evolução e algumas décadas volvidas, da União Europeia. Cuidar da *paz* e da *economia* foram, portanto, as grandes motivações que conduziram os Europeus a um inovador processo de integração internacional: verifica-se sem embargo, compulsando o Tratado Institutivo da Comunidade Económica Europeia, que a

dimensão do "económico" é praticamente exclusiva, o que de resto quis deixar-se bem claro na própria *designação* dessa Comunidade.

Mas a evolução dos tempos, nomeadamente traduzida nas transformações ocorridas no cenário internacional, foi entretanto "empurrando" paulatinamente os Europeus Comunitários para outros campos, de *natureza não económica* (ou, pelo menos, de cariz não exclusivamente económico). Contribuiu também, para esta deriva, a circunstância de a própria dinâmica dum espaço económico progressivamente mais integrado começar insensivelmente, a dada altura, a ter de confrontar-se com domínios externos à área económica, como condição para o próprio incremento ou otimização desta última. E aqui agudizaram-se (quando não surgiram) alguns problemas, originados por diversos fatores concretos: disparidades entre os Estados-Membros (cujo número e tipo de diferenças foram entretanto aumentando), interesses políticos distintos entre si (por vezes até opostos), níveis de desenvolvimento sociais díspares, passados conflituosos (causadores de feridas persistentes nos ideários coletivos), nacionalismos mais ou menos latentes ou tendenciais, etc. Assim, e embora o Preâmbulo do Tratado Institutivo da Comunidade Económica Europeia aludisse, como objetivo supremo desta, à consecução duma "união cada vez mais estreita entre os povos europeus" (primeiro considerando), a dose de *utilitarismo* com que este Povos olharam, logo nos inícios, para o processo de integração, não augurava espetaculares reviravoltas de atitude, pesem embora os prováveis sonhos dos "Pais Fundadores" da Europa Unida. Rodeou portanto o processo de integração europeia, desde sempre, uma postura de notória *ambivalência* entre os interesses dos respetivos Estados-Membros e os interesses das Comunidades Europeias; e tal ambivalência foi-se mantendo através dos tempos, com todas as inerentes dificuldades, avanços e recuos, confianças e desconfianças, etc., num Continente que, até então, havia sido o mais sanguinolento do Globo.

Mas a referida ambivalência foi-se resolvendo sempre no sentido duma relativa *predominância dos Estados-Membros* no desenrolar da vida comunitária, panorama que ainda hoje em dia continua a manter-se, volvidas décadas sobre a fundação da primeira Comunidade; o presente estudo contribui, no respeitante à específica temática dos denomináveis *bens culturais*, para a constatação e ilustração daquele pendor. Na verdade, compreensíveis e imprescindíveis razões ditadas pelo modelo de integração escolhido (almejando, como patamar mínimo, a

formação dum mercado comum) impuseram a consagração dum *princípio geral de liberdade de circulação* no espaço integrado (uma materialização, portanto, do interesse comunitário); ora, esse princípio geral contendia, em casos contados, com interesses dos Estados-Membros, os quais tiveram força suficiente para, acometendo contra aquele, lhe abrirem brechas, correspondentes a tais interesses: assim se estabeleceu, na circunstância, a faculdade de os Estados-Membros decretarem *restrições à livre circulação de bens culturais*, invocando-se como justificação uma lógica de salvaguarda da diversidade cultural intracomunitária (numa materialização consequentemente superiorizada dos interesses dos Estados-Membros). Todavia, a complexidade de gestão dos interesses assim postos em presença não era linear; uma solução que estabelecesse uma pura e simples supremacia, no caso, das conveniências dos Estados-Membros (as unidades ou componentes) sobre os interesses da Comunidade (o conjunto) perfilar-se-ia como excessiva, impondo-se portanto colocar-lhe parâmetros balizadores; e assim se descortinou, como solução final para este imbróglio, a prescrição de limitações à lógica da proteção dos interesses individuais (nacionais) de prevalência das diversidades culturais, corporizada designadamente na proibição de restrições à circulação ofensivas do princípio geral da não discriminação por nacionalidade — numa matização da sobredita predominância dos interesses nacionais, assim impedidos de se sobrepor em simultâneo a dois princípios gerais do Direito Comunitário; isto dito, sublinhe-se que jamais foi posta em causa a preocupação com um controlo de acesso aos bens culturais, para preservação e prevenção do tráfico ilícito destes, como meridianamente se justifica e é globalmente tido por consensual<sup>1</sup>. O equacionamento da questão, com a solução jurídica encontrada, parece, numa primeira abordagem, reveladora dum cuidadoso equilíbrio e dum acurado traçado da tessitura jurídica da União Europeia; todavia, um exame mais profundo traz à superfície alguns problemas e debilidades sensíveis da própria estrutura da União Europeia, tanto mais inquietantes quanto é certo que o regime jurídico assim inicialmente gizado jamais foi objeto de revisão: significando isto, afinal e em derradeira análise, que no sector dos bens culturais (sob análise neste estudo), e pesem todas as evoluções havidas na vida da União Europeia e no

<sup>1</sup> Por todos, OCHOA JIMÉNEZ, María Julia: *Der Schutz materieller Kulturgüter in Lateinamerika: Universelles, regionales und nationales Recht*, Universitätsverlag Göttingen, 2011, p. 13, consultado em 24 de Setembro de 2013, em <[http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2011/GSCP3\\_ocha.pdf](http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2011/GSCP3_ocha.pdf)>).

cenário internacional geral, a conjugação dos interesses contrapostos da União e dos seus Estados-Membros continua a processar-se basicamente como há cerca de seis décadas atrás, com o fiel da balança pendendo, feitas bem as contas, para uma relativa sobreposição das conveniências dos Estados-Membros (que o mesmo é dizer, da parte sobre o todo, ou do particular sobre o conjunto).

## 2. Os bens culturais e o princípio da liberdade de circulação

Como é sabido, e a doutrina tem sublinhado, a alusão a *bens culturais* surgiu depois da Segunda Grande Guerra e os seus primeiros passos foram dados no âmbito do Direito Internacional Comum<sup>2</sup>. Ora, constituindo objeto do presente estudo o regime jurídico da circulação dos bens culturais no âmbito da União Europeia, é nas normas do próprio Direito da União que devem procurar-se precipuamente as respetivas respostas, por força do princípio da *autonomia* deste Direito, assente na "exigência duma aplicação uniforme", a qual "implica que os conceitos a que tal Direito se refere não variem em função das particularidades de cada Direito Nacional", conforme a clássica orientação jurisprudencial<sup>3</sup>. E, como é sabido, os textos normativos principais do Direito da União Europeia, que neles se funda, são o Tratado da União Europeia, cuja atual redação resulta das alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa (doravante TUE-Lisb), e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante TFUE), os quais, por força do Tratado da União Europeia, têm o mesmo valor jurídico (art. 1º do TUE-Lisb). Não se encontra contudo, em qualquer desses instrumentos jurídicos, uma noção legal de bem cultural, sendo diferente a técnica jurídica da respetiva identificação.

Falando em termos gerais, os *bens culturais* podem ter uma natureza material ou imaterial: apesar de serem, invariavelmente, criações da mente humana, tais criações podem materializar-se em suportes físicos únicos e inconfundíveis, enquanto manifestações ou

<sup>2</sup> Por todos, ALEXANDRINO, José de Melo: "O Conceito de Bem Cultural", versão provisória do texto da lição proferida em 3 de Dezembro de 2009, no Curso de Pós-Graduação em Direito da Cultura e do Património Cultural, organizado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 3, consultado em 22 de Setembro de 2013, em <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/JMABC.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/JMABC.pdf)>.

<sup>3</sup> Ac. TJCE 10 de Janeiro de 1980, *Jordens-Vosters / Bedrijfsvereniging voor de Leder- en Lederverwerkende Industrie*, 69/79, Rec., pp. 75 ss., c. nº 6, p. 84.

projeções do respetivo espírito criador (bens materiais); ou, em termos distintos, valerem essencialmente pela sua própria conceção abstrata, independentemente do suporte ou veículo de transmissão de que se socorram para serem conhecidas (bens imateriais); são componentes inelutáveis da atividade humana uma dimensão material e uma dimensão imaterial (ou espiritual)<sup>4</sup>. Na alusão aos bens culturais, feita pelo Direito Comunitário Originário, aparece assim incluída a própria História (art. 167º, nº 2, primeiro travessão do TFUE), bem como a criação artística e literária, incluindo o sector audiovisual (art. 167º, nº 2, quarto travessão do TFUE). Cotejando estes normativos com outro preceito fundamental neste domínio, conclui-se que se qualificam igualmente como bens culturais, na Ordem Jurídica da União, o património nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico, assim como a propriedade industrial e comercial<sup>5</sup> (art. 36º do TFUE). Acrescentando que se não encontra motivo para excluir deste rol dos bens culturais, senão por interpretação extensiva ao menos por analogia, a suprema atividade intelectual que é a criação científica (ao lado da criação artística e literária), teremos procedido à enunciação dos bens culturais no domínio do Direito da União Europeia. Tudo isto porém sem esquecer que, para efeitos da aplicação do art. 36º do TFUE aos vários casos concretos, os necessários atos de qualificação individualizada acabam por ficar essencialmente entregues a operações de avaliação dos Estados-Membros<sup>6</sup>; embora seja objeto de controvérsia a exata latitude discricionária dos Estados-Membros quanto à definição do que sejam bens culturais nacionais e património cultural nacional, atentas as repercussões de tal definição no próprio alcance do art. 36º do TFUE, alcance esse que deve ser uniforme<sup>7</sup>. No

<sup>4</sup> MENDES, António Rosa: *O que é Património Cultural*, Olhão, Gente Singular, 2012, p. 37, consultado em 23 de Setembro de 2013, em <[https://sapientia.ualg.pt/bitstream/10400.1/2506/1/O%20que%20%C3%83%C6%92%C3%82%C2%A9%20Patrim%C3%83%C6%92%C3%82%C2%B3nio%20Cultural%20\(miolo\).pdf](https://sapientia.ualg.pt/bitstream/10400.1/2506/1/O%20que%20%C3%83%C6%92%C3%82%C2%A9%20Patrim%C3%83%C6%92%C3%82%C2%B3nio%20Cultural%20(miolo).pdf)>.

<sup>5</sup> Sobre a "propriedade industrial e comercial", vejam-se as clássicas e profusas linhas de DANIELE, Luigi: *Il diritto materiale della Comunità europea: Introduzione allo studio del mercato interno e delle politiche comunitarie*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 2000, pp. 63-65; ou a clássica sumarização de BLUMANN, Claude, e DUBOIS, Louis: *Droit matériel de l'Union européenne*, 2ª ed., Paris, Montchrestien, 2001, pp. 234-235.

<sup>6</sup> FRIGO, Manlio: "Cultural property v. cultural heritage: A 'battle of concepts' in International Law?", *International Review of the Red Cross*, June 2004, Vol. 86, N. 854, pp. 367-378, p. 375, consultado em 15 de Setembro de 2013, em <[http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc\\_854\\_frigo.pdf](http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_854_frigo.pdf)>.

<sup>7</sup> Para desenvolvimentos sobre tal debate, CAMPS MIRABET, Núria: *La protección internacional del patrimonio cultural*, tesis presentada para aspirar al título de Doctor/a en Derecho, Universitat de Lleida, Departament de Dret Públic, 5 de mayo de 2000, pp. 209-210, consultado em 21 de Setembro de 2013, em <<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/8133/tncm1de2.pdf;jsessionid=0056DEB8E3AFA5D04CD957C8DC8D1833.tdx2?sequence=1>>.

Direito Comunitário Derivado também não se lobriga, como dissemos, qualquer conceito legal de bens culturais; é assim que, por exemplo, o Regulamento 3911/92 do Conselho, de 9 de Dezembro de 1992, relativo à exportação de bens culturais (procurando reduzir o tráfico clandestino destes<sup>8</sup>), define tais bens mediante remissão para uma listagem em anexo (art. 1º).

Por outro lado, o Tratado da União Europeia veio proclamar, logo no seu início, que assinala uma nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa (art. 1º, segundo parágrafo do TUE-Lisb). Na execução do referido processo de integração internacional, perfila-se como uma fase (ou etapa) a levar a cabo e desenvolver, por banda da União, a criação dum "mercado interno", usando a atual terminologia legal (art. 3º, nº 3, primeiro parágrafo do TUE-Lisb); em desenvolvimento daquele normativo, estabelece-se que o mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada (art. 26º, nº 2 do TUE-Lisb). O *princípio das liberdades intracomunitárias de circulação*, nas suas apontadas vertentes, assume pois uma dimensão absolutamente central e irremovível no contexto da União Europeia, corporizando o verdadeiro núcleo do próprio processo de integração.

### **3. A proteção da diversidade cultural: as permissões de restrições à livre circulação de bens culturais**

#### **3.1 A limitação da circulação de mercadorias em razão da salvaguarda da diversidade cultural**

Como um dos vetores integrantes do princípio das liberdades intracomunitárias de circulação, o Direito da União Europeia determina, em dois normativos da maior importância, a liberdade de circulação de mercadorias entre os Estados-Membros. Fá-lo nomeadamente quando proíbe, entre esses Estados, as restrições quantitativas à importação, bem como todas

---

<sup>8</sup> De cujo aumento já dava nota, por exemplo, uma resolução do Parlamento Europeu de 2001 (MIEVIS, Diane: *Le protectionnisme européen sur les biens culturels: Dérive d'une absence d'harmonisation des États membres autour de la notion de "trésor national"*?, Mémoire présenté en vue de l'obtention du diplôme de Master en Études Européennes à finalité spécialisée, Université de Liège, Faculté de Droit, Département de Sciences Politiques, année académique 2008-2009, p. 21, nota <sup>(68)</sup>, consultado em 20 de Setembro de 2013, em <[http://local.droit.ulg.ac.be/sa/uee/admin/file/publi/20091003073823\\_DianeMievis-M-moire-TN.pdf](http://local.droit.ulg.ac.be/sa/uee/admin/file/publi/20091003073823_DianeMievis-M-moire-TN.pdf)>).



as medidas de efeito equivalente (art. 34º do TFUE), e quando veda, entre os sobreditos Estados, as restrições quantitativas à exportação, bem como todas as medidas de efeito equivalente (art. 35º do TFUE).

Contudo, sem embargo da sua transcendência, o princípio das liberdades de circulação não tem um cariz absoluto, impondo-se a sua compaginação com outras coordenadas de igual valia no xadrez da construção comunitária. Assim, e para o que ora releva, o processo de integração europeia, tendo embora começado por representar uma iniciativa essencialmente ancorada no campo económico, não ignorou desde os seus inícios a vertente cultural dos Povos assim reunidos num empreendimento comum; até porque dificilmente poderia tê-lo feito, tão evidente era a inexistência duma uniformidade cultural entre aqueles, contrapostamente ao afirmado propósito de lograr uma união cada vez mais estreita entre os Povos Europeus (considerando nº 1 do Preâmbulo do TCEE).

Por isso pode ainda ler-se, numa das leis fundamentais da União Europeia, que esta tem de respeitar a riqueza da sua diversidade cultural (art. 3º, nº 3, quarto parágrafo do TUE-Lisb). Mais se diz que a União tem de respeitar as disposições legislativas e administrativas e os costumes dos Estados-Membros quanto a certas matérias, designadamente no que toca ao património regional (art. 13º do TUE-Lisb). Mas relevam especificamente, no concernente ao objeto deste estudo, os segmentos normativos onde se preveem exceções à liberdade de circulação de mercadorias (neste contexto, bens culturais) por motivos de salvaguarda de valores culturais: mais precisamente, de proteção do património nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico, com o que se pretende nomeadamente salvaguardar os interesses dos Estados-Membros na propriedade e posse de obras artísticas icónicas ou de outros símbolos relevantes para as identidades nacionais<sup>9</sup> (art. 36º do TFUE); ou então de proteção da propriedade industrial e comercial, onde cabem realidades correntemente designadas como direitos de propriedade intelectual ou seja, também o direito de autor (mesmo preceito)<sup>10</sup>. Num balanço sobre a aplicação deste artigo, foi salientado pela doutrina, há já mais de uma década,

<sup>9</sup> CALLIESS, Christian, e RUFFERT, Matthias (Hrsg.): *Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 2. Aufl., Neuwied, Luchterhand, 2002, p. 632.

<sup>10</sup> HANLON, James: *European Community Law*, 3rd ed., London, Sweet & Maxwell, 2003, p. 250. Na jurisprudência, ponderando inexistirem motivos para fazer, no âmbito do art. 36º do Tratado, qualquer distinção entre o direito de autor e os outros direitos de propriedade industrial e comercial, Ac. TJCE 20 de Janeiro de 1981, *Musik-Vertrieb membran / GEMA*, 55 e 57/80, *Rec.*, pp. 147 ss., p. 162.



que vinha ocorrendo uma tendência, dos Estados-Membros, de se prevalecerem abundantemente dele<sup>11</sup>.

Deve entretanto acrescentar-se, num breve parêntesis, que não entramos aqui na discussão sobre o acerto técnico-jurídico da qualificação teórica dos bens culturais como mercadorias. Deixamos no entanto registo de que, para além dos que concordam com tal qualificação, há quem a conteste, aludindo aos bens culturais como "mercadorias fictícias"<sup>12</sup>. Limitamo-nos todavia e singelamente a sublinhar, por exemplo, que, embora com princípios de avaliação apropriados, os bens culturais são avaliados para efeitos de balanços financeiros tal como sucede relativamente a outras mercadorias, o que aliás é particularmente visível no tocante às obras de arte<sup>13</sup>.

Prosseguindo, e como decididamente se verifica, a *proteção de certos valores culturais* é tida (nunca esquecendo a observância dos requisitos da aplicação indistinta e da proporcionalidade das respetivas medidas nacionais) como condicionante não afastável, quando com ela colida a regra da livre circulação de mercadorias; quer-se afinal que tal circulação se não faça à custa do sacrifício dos valores culturais que haja a tutelar<sup>14</sup>.

Mas sublinhe-se bem que a cobertura atribuída pelo Direito da União Europeia se cinge a uma *guarda de natureza estritamente cultural* (a listagem prevista no texto mantido pelo atual art. 36º do TFUE tem natureza taxativa ou limitativa<sup>15</sup>). Constituem assim exclusões inadmissíveis, em princípio, da liberdade de circulação de mercadorias, as medidas estaduais ditadas pelo mero intuito de reduzir os encargos administrativos ou as despesas públicas (medidas *económicas* ou *financeiras*, ainda que conexas com atividades culturais)<sup>16</sup>. Isto, embora se

<sup>11</sup> LE MIRE, Pierre: *Droit de l'Union européenne et politiques communes*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2001, pp. 16-17.

<sup>12</sup> Por todos, FIANI, Ronaldo: "A crise dos bens culturais como mercadorias", *Liinc em Revista*, setembro 2009, Vol. 5, N<sup>o</sup> 2, pp. 231-246, p. 245, consultado em 23 de Setembro de 2013, em <<http://revista.ibict.br/liinc/index.php/liinc/article/viewFile/306/210>>).

<sup>13</sup> HELD, Bärbel: "Modell zur Ermittlung des Erhaltungsaufwandes von Kunst- und Kulturgütern in kommunalen Bilanzen", *HAW im Dialog: Weidener Diskussionspapiere*, April 2009, N. 16, p. 3, consultado em 24 de Setembro de 2013, em <<http://hdl.handle.net/10419/56436>>.

<sup>14</sup> Assim, sobre certas medidas nacionais de encorajamento à produção cinematográfica, Ac. TJCE 11 de Julho de 1985, *Cinéthèque / Fédération nationale des cinémas français*, 60 e 61/84, Rec., pp. 2605 ss., c. n<sup>os</sup> 21 a 24, p. 2626.

<sup>15</sup> FALLON, Marc: *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2<sup>e</sup> éd., Louvain-la-Neuve, Bruylant — Academia, 2002, p. 140 (citando jurisprudência nesse sentido).

<sup>16</sup> Para um apontamento específico, CERVILLI, Francesca, MELIS, Barbara, e MAURIN DE FARINA, Christian: *La libre circulation des biens culturels au sein de l'Union européenne*, Luxembourg, Direction Générale des Études — Parlement Européen, 1998, nomeadamente pp. 18-19.

reconheça tratar-se de dois interesses contrapostos e dignos de tutela à luz do Direito da União Europeia, o qual se não desinteressa da sanidade das finanças públicas dos Estados-Membros. No balanço dos valores em jogo haverá porém de prevalecer o da liberdade de circulação, que se admite possa implicar alguns "custos" a pagar pelos Estados-Membros; a única hipótese de prevalência dos interesses estaduais, neste tipo de casos, seria a de haver uma desproporção flagrante, com uma oneração dos Estados-Membros manifestamente excedente dos limites razoavelmente exigíveis<sup>17</sup>.

As exclusões previstas no citado art. 36º do Tratado constituem afinal um tributo de *homenagem* às *unidades nacionais*. No entanto, por contrariarem a liberdade de circulação, eixo central do próprio processo de integração europeia, têm precisamente um carácter de exceções, devendo consonantemente, nos termos da jurisprudência, ser *interpretadas* de modo *restritivo*<sup>18</sup>. Mas o assunto não foi pacificamente acolhido pela doutrina, pese embora a orientação jurisprudencial. Um argumento doutrinariamente esgrimido, para contrariar o bem fundado da ideia duma interpretação restritiva das exclusões contidas no mencionado art. 36º do Tratado, passa pela consideração de que, atentas as diferenças de riqueza entre os Estados-Membros da União Europeia, uma margem, tão ampla quanto possível, da possibilidade de os Estados-Membros protegerem o seu património cultural, levaria a que os Estados-Membros mais pobres não corressem o risco de ver os seus patrimónios culturais deslocarem-se para os Estados-Membros com poder económico suficiente para os adquirir<sup>19</sup>. Pode todavia aduzir-se, em contrapartida e como argumentação utilizável para contradizer tal ponto de vista, que as exceções previstas no art. 36º do Tratado não visam proteger os Estados-Membros economicamente mais débeis; além de que é razoável ponderar, que os Estados-Membros com maior poderio financeiro disporão de melhores recursos para uma adequada preservação, manutenção e exposição de qualquer património cultural. O problema acaba sempre por recair, em balanço final, sobre o significado profundo e último da própria ideia de União Europeia, nas suas diversas vertentes (verdadeira "*união*" ou, afinal e essencialmente, mero conglomerado

<sup>17</sup> Ac. TJCE 12 de Julho de 1990, *Comissão / Itália*, C-128/89, *Col.*, pp. I-3239 ss., c. nº 22, p. I-3262.

<sup>18</sup> Ac. TJCE 19 de Março de 1991, *Comissão / Grécia*, C-205/89, *Col.*, pp. I-1361 ss., c. nº 9, p. I-1377; Ac. TJCE 2 de Maio de 1990, *Bakker Hillegom*, C-111/89, *Col.*, pp. I-1735 ss., c. nº 8, p. I-1750.

<sup>19</sup> Assim, GUARDANS I CAMBÓ, Ignasi: "Mercado interior y patrimonios nacionales: Un antagonismo de difícil superación", *Gaceta jurídica de la CEE: Boletín*, junio-julio 1991, Nº 95, pp. 3-9, p. 4.

de Estados?)...

### 3.2 A limitação de outras liberdades de circulação pela proteção de valores nacionais culturais

Explicitando outra vertente das liberdades intracomunitárias de circulação, o Direito da União Europeia consagra o *direito de estabelecimento* (ou liberdade de estabelecimento), ao dispor que são vedadas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro (art. 49º, primeiro parágrafo do TFUE), esclarecendo que o direito de estabelecimento inclui tanto o acesso às atividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades (art. 49º, segundo parágrafo do TFUE). E determina igualmente a proibição das restrições à *liberdade de prestação de serviços* em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado-Membro que não seja o do destinatário da prestação (art. 56º do TFUE). A distinção entre *liberdade de estabelecimento* e *livre prestação de serviços* coloca problemas consideráveis, em particular quando a atividade específica da empresa compreende precisamente prestações de serviços realizados para além das fronteiras nacionais; neste caso, serão a duração, a amplitude e o conteúdo principal da atividade, bem como a natureza da instalação, os elementos determinantes para estabelecer a distinção; o caso de um prestador de serviços, cuja atividade seja inteira ou principalmente virada para o território de dado Estado-Membro, constitui uma situação de fronteira entre os domínios do direito de estabelecimento e da prestação de serviços: chamando à colação o princípio da proporcionalidade, afigura-se mais razoável, ao menos em alguns casos, considerar tais situações incursas no âmbito do direito de estabelecimento, pese embora a aparência formal contrária<sup>20</sup>. Reclama também uma certa atenção a demarcação a estabelecer entre *mercadorias* e *serviços*, pois estas realidades podem aparecer amalgamadas: a distinção passa, *grosso modo*, pela ideia de que as mercadorias correspondem obrigatoriamente a realidades corpóreas, ao passo que os *serviços* podem nem sequer ter materialização num produto acabado (pense-se numa palestra literária verbal, por hipótese); mas nem sempre as coisas são nítidas, podendo ter de operar-se separações no

<sup>20</sup> Ac. TJCE 4 de Dezembro de 1986, *Comissão / Alemanha*, 205/84, *Col.*, pp. 3755 ss., c. nº 22, p. 3801.

tratamento jurídico de uma mesma atividade global<sup>21</sup>.

Seja como for, e para o que interessa relativamente à temática dos bens culturais, o que importa é destacar que estas outras liberdades de circulação são também juridicamente afetadas por considerandos de proteção das expressões culturais nacionais. Assim, e tomando como ilustração a liberdade de prestação de serviços, principiamos por salientar que, de entre as hipóteses de exceção a essa liberdade, foram já formalmente reconhecidas como tal, no caso de disposições nacionais indistintamente aplicáveis, as exigências imperiosas decorrentes das legislações nacionais sobre proteção dos *direitos de autor*, ou seja, da propriedade intelectual<sup>22</sup>; no conjunto de exemplos citáveis de razões imperiosas de interesse geral corporizadoras de exceção à regra da liberdade de prestação de serviços, contam-se também as exigências imperativas decorrentes de *políticas nacionais culturais*<sup>23</sup>; e as exigências imperiosas decursivas da *proteção do património histórico e artístico nacional* foram igualmente erigidas à categoria de exceções ao princípio da livre prestação de serviços<sup>24</sup>. Como fiel de balança entrará, dando o seu concurso para o delineamento das situações de exceção à liberdade de prestação de serviços, o princípio da *proporcionalidade*: as normas nacionais, baseadas nas exceções, deverão ser adequadas, e restritivas ao mínimo possível<sup>25</sup>.

#### **4. A irrelevância de considerandos de diversidade cultural: as proibições de restrições à livre circulação de bens culturais**

##### **4.1 A interdição de tratamentos discriminatórios**

I. Recordando o normativo pertinente, e principiando este ponto pela *imposição dum*

<sup>21</sup> Para exemplos de duas índoles, Ac. TJCE 30 de Abril de 1991, *Boscher*, C-239/90, *Col.*, pp. I-2023 ss., c. n.ºs 9 e 10, p. I-2037, assim como Ac. TJCE 30 de Abril de 1974, *Sacchi*, 155/73, *Rec.*, pp. 409 ss., alínea 1) do disposit., p. 432.

<sup>22</sup> Ac. TJCE 18 de Março de 1980, *Coditel / Ciné Vog Films*, 62/79, *Rec.*, pp. 881 ss., c. n.º 15, p. 903.

<sup>23</sup> Ac. TJCE 25 de Julho de 1991, *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, C-288/89, *Col.*, pp. I-4007 ss., c. n.º 23, p. I-4043.

<sup>24</sup> Ac. TJCE 26 de Fevereiro de 1991, *Comissão / Itália*, C-180/89, *Col.*, pp. I-709 ss., c. n.º 20, p. I-723.

<sup>25</sup> Ac. TJCE 25 de Julho de 1991, *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, C-288/89, *Col.*, pp. I-4007 ss., c. n.º 15, p. I-4041.

*tratamento não discriminatório*, salientamos que o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia proíbe, dum modo geral, qualquer discriminação em razão da nacionalidade (art. 18º TFUE). Pelo que, também no respeitante aos bens culturais, não podem estes ser, por exemplo, objeto de proibições de venda a nacionais de outros Estados-Membros da União Europeia, que assim se tornarão, por tal ato, seus legítimos proprietários. Por aqui, nada a acrescentar, já que se trata precisamente da filosofia subjacente à existência e funcionamento dum mercado comum, o qual implica designadamente as chamadas liberdades de circulação.

Mas o Tratado veda, literalmente falando, que as proibições ou restrições à circulação de bens culturais corporizem "um meio de discriminação arbitrária" (art. 36º TFUE). Ora, compreendendo-se perfeitamente a interdição, pelo Tratado, da ocorrência de discriminações (pois os controlos de exportações podem inclusivamente bulir com a temática dos direitos do Homem<sup>26</sup>), já a referência a uma *discriminação arbitrária* corporiza uma redação que abre portas a legítimas dúvidas.

Efetivamente, por força do elemento sistemático da interpretação, poderia, numa primeira aproximação, ponderar-se o seguinte: se neste lugar aparece vedada a discriminação arbitrária, e noutros apenas se interdita a discriminação, então estamos perante duas realidades distintas. Um relance pela totalidade dos Tratados parece impelir todavia ao raciocínio contrário: se este preceito veda discriminações arbitrárias (tal como os arts. 65º e 114º do TFUE), mas *não se lobrigando que a severidade da proibição haja de ser maior* aí do que nos demais passos onde os Tratados se referem a singelamente a discriminações (arts. 2º e 3º do TUE-Lisb, bem como arts. 10º, 18º, 19º, 37º, 40º, 45º, 95º, 107º, 157º, 200º, 214º e 326º do TFUE), impor-se-ia entender todos os últimos como vedando, somente, discriminações arbitrárias. Ora, se tal interpretação fosse procedente, teríamos de definir acuradamente a noção de *arbitrariedade*, pois que esta constituiria o padrão aferidor da admissibilidade ou inadmissibilidade jurídica dos ocorrentes casos de discriminação: em suma, tornar-se-ia sempre imprescindível distinguir entre uma discriminação justificada e uma *discriminação injustificada*, por arbitrária, já que tão-só esta última seria proibida.

<sup>26</sup> CHAMBERLAIN, Kevin, e VRDOLJAK, Ana: "Controls on the Export of Cultural Objects and Human Rights", Selected Works of Ana Filipa Vrdoljak, January 2013, p. 31, consultado em 19 de Setembro de 2013, em <[http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&context=ana\\_filipa\\_vrdoljak](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&context=ana_filipa_vrdoljak)>.

Temos por parcialmente exata tal linha de entendimento, na estrita medida em que cremos desprovida de cabimento a alusão a qualquer realidade qualificável como discriminação justificada. Independentemente de questionar agora o porquê de surgir o adjetivo "arbitrária" nos arts. 36º, 65º e 114º do TFUE, e não em quaisquer outras disposições dos Tratados (o que atribuímos a carência de uniformidade de redação, fazendo esta padecer, nessa medida, de deficiência), julgamos que o conceito de arbitrariedade deve intervir como ferramenta operativa de análise dos restantes preceitos do Tratado que interditam a discriminação. Preferimos todavia dizer que, em todos estes casos, a discriminação é totalmente ou tendencialmente prosrita, por resultar invariavelmente de uma atitude de *arbitrio*: quaisquer atos estaduais, que tratem diferentemente situações iguais em razão de determinados fatores, são em via de princípio vedados. Simplesmente, para além das eventuais situações (forçosamente excepcionais e tendencialmente inverosímeis) de permissão legal de discriminações, o que pode acontecer é que duas situações, aparentemente iguais, o não sejam na realidade<sup>27</sup>; e se forem em substância diferentes, acomodar-se-ão com disciplina jurídica também diferente, constituindo aliás uma natural infração ao princípio da não discriminação o seu tratamento em pé de igualdade. Importa assim, em nossa opinião, apurar e operar com o conceito de arbitrariedade; mas em nada nos opomos a que se renuncie a entender, por "discriminação arbitrária", algo mais do que, singelamente, um *tratamento diferente de realidades iguais*; por outro lado, e para além dos fundamentos teóricos, bem se compreende ainda que, na prática, se invoque a ideia operativa de arbitrariedade ou de injustificação, para explicar ou descobrir os contornos duma qualquer discriminação.

O entendimento sobre a matéria não é pacífico, mas temos, do nosso lado, larga parte da doutrina comunitária e a jurisprudência. Deixemos de lado o próprio art. 36º (sobre o qual o juiz comunitário também se pronunciou em igual sentido), por já conter no respetivo texto a exigência dum *arbitrio* como elemento do conceito de discriminação; a propósito doutro normativo consignador do vocábulo "discriminação", foi oportunamente assumido no sector pretoriano um entendimento transparente, quando o Tribunal de Justiça, referindo-se a determinada diferenciação de tratamento, voltou a afirmar que esta apenas poderia constituir

<sup>27</sup> SCHWARZE, Jürgen: *Europäisches Verwaltungsrecht: Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, Vol. I, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, p. 558.

uma discriminação "se fosse arbitrária, isto é, desprovida de justificação suficiente e não baseada em critérios de natureza objetiva"<sup>28</sup>; e isto, para além doutros clássicos pronunciamentos alusivos anteriores<sup>29</sup>. Por outro lado tem-se manifestado doutrina, desde os primórdios da integração europeia, sustentando a exigência dum arbítrio como ingrediente necessário da figura da discriminação<sup>30</sup>.

Quanto ao outro polo da dicotomia, não consideramos desejável a referência a uma *discriminação justificada*<sup>31</sup>. O que mais frequentemente ocorrerá, parecendo fazer parte desse primeiro ramo da fictícia classificação, serão situações de mera *aparência de discriminação*; dito em termos mais precisos, serão divergências de regimes jurídicos que, por adequadas ao tratamento de realidades aparentemente iguais mas substancialmente diferentes, se designarão preferivelmente por *diferenciação* ou expressão análoga; discordamos portanto da terminologia usada pelo Tribunal de Justiça, ao utilizar a expressão "discriminação" (ou derivados) na aceção correspondente, na nossa nomenclatura, ao vocábulo "diferenciação"<sup>32</sup>; pode ver-se, em data posterior, o Tribunal de Primeira Instância equacionar a problemática do modo que temos por correto, distinguindo entre "discriminação" e "diferenciação", sendo a primeira delas a diferenciação carecente de fundamento<sup>33</sup>. Poderia ainda optar-se por aludir às locuções diferenciação justificada ou distinção justificada; mas, caso se pretendesse, com tais expressões, rotular eventuais casos de *discriminação proprio sensu* que a lei comunitária, a título excecional e inverosímil, eventualmente permitisse, teria de reservar-se-lhes o (obviamente estranho)

<sup>28</sup> Ac. TJCE 13 de Novembro de 1990, *Marshall*, C-370/88, *Col.*, pp. I-4071 ss., c. nº 24, p. I-4093.

<sup>29</sup> Ac. TJCE 15 de Novembro de 1979, *Denkavit Futtermittel / Finanzamt Warendorf*, 36/79, *Rec.*, pp. 3439 ss., c. nº 16, p. 3456; Ac. TJCE 15 de Setembro de 1982, *Kind / CEE*, 106/81, *Rec.*, pp. 2885 ss., c. nº 22, p. 2921.

<sup>30</sup> No trajeto para a atualidade, BLECKMANN, Albert: *Europarecht: Das Recht der Europäischen Gemeinschaft*, 5. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1990, pp. 506-507; a meio-caminho, DUBOIS, Louis: *Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes: objet et portée de la protection*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1981, Nº 2, pp. 601-623, p. 610; nos inícios, VAN HECKE, M. G.: "La notion de discrimination", in AAVV: *Les aspects juridiques du Marché Commun*, Liège, Faculté de Droit de Liège, 1958, pp. 127-149, em especial p. 145.

<sup>31</sup> Por isso discordamos do juiz comunitário quando este, no Ac. TJCE 14 de Fevereiro de 1995, *Schumacker*, C-279/93, *Col.*, pp. I-225 ss., falou expressa e dicotomicamente em "discriminação justificada" (c. nº 49, p. I-264) e "discriminação não justificada" (c. nº 58, p. I-266).

<sup>32</sup> Ac. TJCE 30 de Março de 1993, *Thomas e o.*, C-328/91, *Col.*, pp. I-1247 ss., nomeadamente c. nº 10, p. I-1272; e há também doutrina insensível a este aspeto terminológico, como SCHWARZE, Jürgen: *Europäisches Verwaltungsrecht: Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, Vol. I, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, p. 558.

<sup>33</sup> Ac. TPICE 23 de Março de 1994, *Huet / Tribunal de Contas*, T-8/93, *ColectFP*, pp. II-365 ss., c. nº 45, p. II-377; no sentido defendido no texto, quanto à doutrina, destringendo entre "tratamentos discriminatórios" e "tratamentos diferenciados", BERLIN, Dominique: *Droit fiscal communautaire*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988, pp. 143 ss.



designativo de "discriminação lícita" ou "discriminação legal" (embora não tenha repugnado ao juiz comunitário falar duma "discriminação ilegal"<sup>34</sup>). Em nossa opinião, é preferível não adjetivar como justificada uma qualquer discriminação, ainda que a lei inverosimilmente a admitisse: à discriminação deve ligar-se, consoante resulta com clareza dos Tratados, uma nota de *desvalor*; a sua proibição (total ou, ao menos, tendencial) deve-se precisamente à circunstância de lhe falecer qualquer justificação, seja uma justificação ética, seja — no mínimo — uma justificação lógica (mais rigorosamente, ético-jurídica ou lógico-jurídica). Pode objetar-se que, se houvesse permissão legal, então esta funcionaria como causa de justificação: donde o aludir-se, em tais casos, a uma discriminação justificada; mas não temos tal objeção por convincente.

II. Como afloramento do princípio geral da proibição de discriminações em razão da nacionalidade (art. 18º do TFUE), o Tratado consagra explicitamente uma norma relativa à *não discriminação fiscal*, vedando aos Estados-Membros que façam "incidir, direta ou indiretamente, sobre os produtos dos outros Estados-Membros imposições internas, qualquer que seja a sua natureza, superiores às que incidam, direta ou indiretamente, sobre produtos nacionais similares" (art. 110º TFUE)<sup>35</sup>, num texto jamais alterado desde a sua consagração inicial pelo Tratado de Roma de 1957. Pese embora a especificidade dos *bens culturais*, é óbvio que tal preceito naturalmente os engloba, deste modo dissuadindo os Estados-Membros de colocar entraves tributários à comercialização de bens culturais oriundos de outros Estados-Membros.

Interdita-se assim aos Estados-Membros, como explicita a letra do Tratado, uma *tributação superior* dos bens culturais dos outros Estados-Membros; proíbe-se, noutros termos, que os bens culturais estrangeiros similares sejam submetidos a uma carga fiscal maior, mais pesada; e a proibição vale, mesmo que isso aconteça somente em alguns casos<sup>36</sup>. Um exemplo de discriminação proibida por este preceito será o caso de um imposto progressivo estabelecendo escalões que favoreçam a produção de bens culturais nacionais, quer travando a progressividade acima de certas zonas onde pontifica a produção de bens culturais nacionais,

<sup>34</sup> Ac. TJCE 6 de Julho de 1983, *Geist / Comissão*, 117/81, *Rec.*, pp. 2191 ss., c. nº 16, p. 2209.

<sup>35</sup> Pode dizer-se que o conceito de "produtos" se identifica com o de "mercadorias" (Ac. TJCE 21 de Setembro de 1988, *Van Eycke / ASPA*, 267/86, *Col.*, pp. 4769 ss., c. nº 25, p. 4794).

<sup>36</sup> Ac. TJCE 26 de Junho de 1991, *Comissão / Luxemburgo*, C-152/89, *Col.*, pp. I-3141 ss., c. nº 20, p. I-3165.

quer talhando os escalões de modo distorcido para incluir os bens culturais nacionais abaixo da tributação que normalmente lhes corresponderia<sup>37</sup>. O art. 110º do TFUE é pois funcionalmente um instrumento importante da *livre circulação de bens culturais*; quer-se impedir que o sistema fiscal dos Estados-Membros dificulte o fluxo aberto dos bens culturais no mercado comum, ou seja, quer-se obstar a protecionismos; por isso, é um limite à soberania fiscal dos Estados-Membros, votado à prevenção de distorções da concorrência mediante a consecução da neutralidade fiscal<sup>38</sup>. É de notar que o normativo se reporta somente a impostos e, mais precisamente, apenas aos impostos indiretos<sup>39</sup>.

Este preceito refere-se a "produtos similares": ora, como primeiro traço delimitador, os bens culturais similares são os que têm características intrínsecas idênticas ou análogas; em conexão com a semelhança, os bens culturais similares têm de satisfazer, ademais, as mesmas necessidades dos consumidores, sendo assim livremente substituíveis enquanto objeto de escolha daqueles; pode dizer-se, em suma, que um bem cultural similar é o equivalente a um bem cultural sucedâneo<sup>40</sup>; a obrigação decorrente desta disposição, para os Estados-Membros com imposições internas discriminatórias, consiste na eliminação da margem de discriminação proibida<sup>41</sup>. Quando não exista produção nacional similar ou concorrente, a tributação de produtos importados não passa pelo crivo do comando em apreço, segundo sentenciou o Tribunal de Justiça; acrescentou porém o juiz comunitário que, mesmo nesse caso, os Estados-Membros não podem lançar, sobre os produtos importados, impostos de um montante tal, que a livre circulação de mercadorias no mercado comum fique comprometida; e sendo essa situação eventualmente aferível à luz das regras gerais contidas nas disposições relativas à eliminação das restrições quantitativas entre os Estados-Membros<sup>42</sup>; contudo não sufragamos este aditamento, quer por entrar em colisão com a soberania fiscal dos Estados-Membros, quer porque os arts. 34º e seguintes nos não parecem vocacionados para reger sobre matéria fiscal, a

<sup>37</sup> Ac. TJCE 28 de Abril de 1988, *Seguela / Administração fiscal*, 76, 86 a 89 e 149/87, *Col.*, pp. 2397 ss., disposit., p. 2410.

<sup>38</sup> Ac. TJCE 11 de Dezembro de 1990, *Comissão / Dinamarca*, C-47/88, *Col.*, pp. I-4509 ss., c. nº 9, p. I-4533; Ac. TJCE 3 de Março de 1988, *Bergandi / Directeur général des impôts*, 252/86, *Col.*, pp. 1343 ss., c. nºs 24 e 25, p. 1374.

<sup>39</sup> Ac. TJCE 3 de Abril de 1968, *Molkerei-Zentrale*, 28/67, *Rec.*, pp. 211 ss., p. 229.

<sup>40</sup> Ac. TJCE 7 de Maio de 1987, *Comissão / Itália*, 184/85, *Col.*, pp. 2013 ss., c. nºs 9 e 10, p. 2025; Ac. TJCE 4 de Março de 1986, *Comissão / Dinamarca*, 106/84, *Col.*, pp. 833 ss., c. nºs 12, 17 e 18, p. 870.

<sup>41</sup> Ac. TJCE 27 de Fevereiro de 1980, *Just / Ministério dos Impostos e Taxas*, 68/79, *Rec.*, pp. 501 ss., c. nº 16, p. 519.

<sup>42</sup> Ac. TJCE 11 de Dezembro de 1990, *Comissão / Dinamarca*, C-47/88, *Col.*, pp. I-4509 ss., c. nºs 10, 12 e 13, p. I-4533.

qual é objeto dum capítulo próprio, intitulado "Disposições Fiscais" e que abrange os arts. 110º a 113º do TFUE).

#### 4.2 O especial combate incidente sobre fraudes à lei

São vedadas, por outro lado, as limitações à circulação de bens culturais que representem qualquer restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-Membros (art. 36º TFUE). Cremos que pode lobrigar-se, sob este enunciado, a proibição duma específica fraude à lei, caracterizada pela particular circunstância de se localizar no círculo ou âmbito das mercadorias (para o que ora interessa, os bens culturais).

É objeto de controvérsia, designadamente no domínio da Teoria Geral do Direito, a exata noção da figura da fraude à lei. Mas, no respeitante às consequências da sua verificação, existe um razoável consenso no sentido de que a respetiva ocorrência mina a validade da atuação ou omissão na qual se corporize, sintetizável no velho brocardo de que *fraus omnia corrumpit* ("a fraude corrompe tudo"). Parece-nos feliz o texto que a define como consistindo em "evitar a aplicação duma regra desfavorável e conseguir que seja aplicável uma disposição favorável"<sup>43</sup>.

Ora, dado o particular melindre da temática dos bens culturais, o Tratado revelou uma preocupação expressa com as tentativas de contornar os seus comandos; de facto, a engenhosidade dos Estados-Membros poderia levar a que, sob uma falsa alegação de proteção de bens culturais, aqueles obstassem injustificadamente ao livre comércio destes bens. Sem qualificar técnico-juridicamente a figura, e falando num plano geral, já se disse que, na maioria dos casos, uma dada medida é de considerar como *restrição dissimulada* por não ser verdadeiramente necessária para atingir o objetivo prosseguido; detalhando um pouco e tomando como exemplos outros sectores de atividade, apontou-se quer o caso de uma dada medida estadual restritiva ser desproporcionada relativamente ao fim tido em vista, quer o caso de uma medida estadual ser irrelevante, por já existirem, no(s) Estado(s)-Membro(s) de

<sup>43</sup> MANSILLA Y MEJÍA, María Elena: "Fraude a la ley: *Fraus legis facta*", *Cultura Jurídica*, Diciembre de 2010 - Febrero de 2011, Nº 1, pp. 105-117, consultado em 23 de Outubro de 2013, em <[http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ\(Art\\_7\).pdf](http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ(Art_7).pdf)>.

destino, medidas comparáveis protetoras dos interesses invocados pelo Estado-Membro que pretende impor restrições à circulação de certos bens<sup>44</sup>.

Sublinhe-se, por fim, que a preocupação expressa, do legislador "constitucional" da União Europeia, de fulminar com uma proibição explícita tal tipo de comportamentos, fundou-se, por outro lado, na consideração da nuclear importância das liberdades de circulação, como pilares do próprio processo europeu de integração.

## 5. Conclusão

Cuidar da *paix* e da *economia* foram as grandes motivações que conduziram os Europeus a um inovador processo de integração internacional. As transformações ocorridas, designadamente, no cenário internacional, foram progressivamente "empurrando" os Europeus Comunitários para outros campos de *natureza não económica* (ou, pelo menos, de cariz não exclusivamente económico), nestes últimos se contando o domínio cultural. Ora, ao penetrar em campos não económicos, o processo de integração europeia viu agudizarem-se alguns problemas, ocasionados sobretudo pelas diferenças e divergências entre os respetivos Estados-Membros. Uma postura de mais notória *ambivalência* passou assim, entre os interesses dos seus Estados-Membros e os interesses das Comunidades Europeias, a rodear o processo europeu de integração.

Para o que aqui interessa, razões imprescindíveis ditadas pelo modelo de integração escolhido (almejando, como patamar mínimo, a formação dum mercado comum) impuseram, numa materialização do interesse comunitário, a consagração dum *princípio geral de liberdade de circulação* no espaço integrado. Ora, esse princípio geral contendia, em casos contados, com interesses dos Estados-Membros, que, acometendo contra ele, lhe abriram brechas logo no início, como aquela consistente na faculdade de, numa materialização superiorizada dos interesses nacionais, poderem decretar *restrições à livre circulação de bens culturais*.

No respeitante a tal circulação, a conjugação dos interesses contrapostos da União e dos Estados-Membros continua a processar-se basicamente como há cerca de seis décadas

<sup>44</sup> DRUESNE, Gérard: *Droit de l'Union européenne et politiques communautaires*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 106-109.

atrás, pendendo o fiel da balança para uma relativa sobreposição das conveniências dos Estados-Membros. Ora, a própria ideia de "Comunidade" ou "União" pressupõe uma lógica prevalência apriorística, dos interesses do conjunto, sobre os interesses individuais contrários dos respectivos componentes, sem prejuízo de procurar-se, na medida do desejável, buscar eventuais possíveis compatibilizações.

Pergunta-se então: a ideia duma união cada vez mais profunda entre os Povos Europeus, lema do próprio processo de integração europeia, será compatível com a coexistência ou confronto, no presente, das duas diretrizes contrárias acima indicadas, nos mesmos termos em que foram delineadas há mais de meio século? Cremos que a resposta deve ser negativa; e que esse anacronismo se deve, como outras incongruências, a uma ambivalência estrutural que o processo de integração europeia não foi capaz de ultrapassar, e que se torna cada vez mais incompatível com os desafios que a própria União Europeia veio a colocar-se sucessivamente a si mesma. Sem esmagar as respectivas peças constitutivas (os Estados-Membros), o todo resultante (a União) tem de assegurar, perante reptos que, cada vez mais, exigem respostas ao nível coletivo, um maior grau de coesão, autoridade e identidade, que se não compaginam com esquemas traçados num contexto de muito menor interdependência entre os seus elementos constitutivos. Ora, uma cristalizada possibilidade de invocação de particularismos culturais nacionais opõe-se ao desenvolvimento duma identidade conjunta, que represente uma integração cultural compatível com as profundas exigências de outros campos onde a integração europeia entretanto penetrou.

## Referências Bibliográficas

ALEXANDRINO, José de Melo: "O Conceito de Bem Cultural", versão provisória do texto da lição proferida em 3 de Dezembro de 2009, no Curso de Pós-Graduação em Direito da Cultura e do Património Cultural, organizado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, consultado em 22 de Setembro de 2013, em <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/JMABC.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/JMABC.pdf)>

BERLIN, Dominique: *Droit fiscal communautaire*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988.

BLECKMANN, Albert: *Europarecht: Das Recht der Europäischen Gemeinschaft*, 5. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1990.

BLUMANN, Claude, e DUBOUI, Louis: *Droit matériel de l'Union européenne*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2001.

CALLIESS, Christian, e RUFFERT, Matthias (Hrsg.): *Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 2. Aufl., Neuwied, Luchterhand, 2002.

CAMPS MIRABET, Núria: *La protección internacional del patrimonio cultural*, tesis presentada para aspirar al título de Doctor/a en Derecho, Universitat de Lleida, Departament de Dret Públic, 5 de mayo de 2000, consultado em 21 de Setembro de 2013, em <<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/8133/tncm1de2.pdf;jsessionid=0056DEB8E3AFA5D04CD957C8DC8D1833.tdx2?sequence=1>>

CERVILLI, Francesca, MELIS, Barbara, e MAURIN DE FARÍÑA, Christian: *La libre circulation des biens culturels au sein de l'Union européenne*, Luxembourg, Direction Générale des Études — Parlement Européen, 1998.

CHAMBERLAIN, Kevin, e VRDOLJAK, Ana: "Controls on the Export of Cultural Objects and Human Rights", Selected Works of Ana Filipa Vrdoljak, January 2013, consultado em 19 de Setembro de 2013, em <[http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&context=ana\\_filipa\\_vrdoljak](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&context=ana_filipa_vrdoljak)>

DANIELE, Luigi: *Il diritto materiale della Comunità europea: Introduzione allo studio del mercato interno e delle politiche comunitarie*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2000.

DRUESNE, Gérard: *Droit de l'Union européenne et politiques communautaires*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2002.

DUBOUI, Louis: *Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes: objet et portée de la protection*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1981, N<sup>o</sup> 2, pp. 601-623.

FALLON, Marc: *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2<sup>e</sup> éd., Louvain-la-Neuve, Bruylant — Academia, 2002.

FIANI, Ronaldo: "A crise dos bens culturais como mercadorias", *Liinc em Revista*, setembro 2009, Vol. 5, N<sup>o</sup> 2, pp. 231-246, consultado em 23 de Setembro de 2013, em <<http://revista.ibict.br/liinc/index.php/liinc/article/viewFile/306/210>>

FRIGO, Manlio: "Cultural property v. cultural heritage: A 'battle of concepts' in International Law?", *International Review of the Red Cross*, June 2004, Vol. 86, N. 854, pp. 367-378, p. 375, consultado em 15 de Setembro de 2013, em <[http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc\\_854\\_frigo.pdf](http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_854_frigo.pdf)>

GUARDANS I CAMBÓ, Ignasi: "Mercado interior y patrimonios nacionales: Un antagonismo de difícil superación", *Gaceta jurídica de la CEE: Boletín*, junio-julio 1991, N<sup>o</sup> 95, pp. 3-9.

HANLON, James: *European Community Law*, 3rd ed., London, Sweet & Maxwell, 2003

LE MIRE, Pierre: *Droit de l'Union européenne et politiques communes*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2001.

MANSILLA Y MEJÍA, María Elena: "Fraude a la ley: *Fraus legis facta*", *Cultura Jurídica*, Diciembre de 2010 - Febrero de 2011, N<sup>o</sup> 1, pp. 105-117, consultado em 23 de Outubro de 2013, em <[http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ\(Art\\_7\).pdf](http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ(Art_7).pdf)>

MENDES, António Rosa: *O que é Património Cultural*, Olhão, Gente Singular, 2012, consultado em 23 de Setembro de 2013, em <[https://sapientia.ualg.pt/bitstream/10400.1/2506/1/O%20que%20%C3%83%C6%92%C3%82%C2%A9%20Patrim%C3%83%C6%92%C3%82%C2%B3nio%20Cultural%20\(miolo\).pdf](https://sapientia.ualg.pt/bitstream/10400.1/2506/1/O%20que%20%C3%83%C6%92%C3%82%C2%A9%20Patrim%C3%83%C6%92%C3%82%C2%B3nio%20Cultural%20(miolo).pdf)>

MIEVIS, Diane: *Le protectionnisme européen sur les biens culturels: Dérive d'une absence d'harmonisation des États membres autour de la notion de "trésor national"?*, Mémoire présenté en vue de l'obtention du diplôme de Master en Études Européennes à finalité spécialisée, Université de Liège, Faculté de Droit, Département de Sciences Politiques, année académique 2008-2009, consultado em 20 de Setembro de 2013, em <[http://local.droit.ulg.ac.be/sa/uee/admin/file/publi/20091003073823\\_DianeMievis-Mmoire-TN.pdf](http://local.droit.ulg.ac.be/sa/uee/admin/file/publi/20091003073823_DianeMievis-Mmoire-TN.pdf)>

OCHOA JIMÉNEZ, María Julia: *Der Schutz materieller Kulturgüter in Lateinamerika: Universelles, regionales und nationales Recht*, Universitätsverlag Göttingen, 2011, consultado em 24 de Setembro de 2013, em <[http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2011/GSCP3\\_ocha.pdf](http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2011/GSCP3_ocha.pdf)>



SCHWARZE, Jürgen: *Europäisches Verwaltungsrecht: Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, Vol. I, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988.

VAN HECKE, M. G.: "La notion de discrimination", in AAVV: *Les aspects juridiques du Marché Commun*, Liège, Faculté de Droit de Liège, 1958, pp. 127-149.

## Jurisprudência Citada

Caso *Bakker Hillegom* (Ac. TJCE 2 de Maio de 1990, *Bakker Hillegom*, C-111/89, *Col.*, pp. I-1735 ss.)

Caso *Bergandi* (Ac. TJCE 3 de Março de 1988, *Bergandi / Directeur général des impôts*, 252/86, *Col.*, pp. 1343 ss.)

Caso *Boscher* (Ac. TJCE 30 de Abril de 1991, *Boscher*, C-239/90, *Col.*, pp. I-2023 ss.)

Caso *Cinéthèque* (Ac. TJCE 11 de Julho de 1985, *Cinéthèque / Fédération nationale des cinémas français*, 60 e 61/84, *Rec.*, pp. 2605 ss.)

Caso *Coditel* (Ac. TJCE 18 de Março de 1980, *Coditel / Ciné Vog Films*, 62/79, *Rec.*, pp. 881 ss.)

Caso *Collectieve Antennevoorziening Gouda* (Ac. TJCE 25 de Julho de 1991, *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, C-288/89, *Col.*, pp. I-4007 ss.)

Caso *Comissão / Alemanha* (Ac. TJCE 4 de Dezembro de 1986, *Comissão / Alemanha*, 205/84, *Col.*, pp. 3755 ss.)

Caso *Comissão / Dinamarca* (Ac. TJCE 11 de Dezembro de 1990, *Comissão / Dinamarca*, C-47/88, *Col.*, pp. I-4509 ss.)

Caso *Comissão / Dinamarca* (Ac. TJCE 4 de Março de 1986, *Comissão / Dinamarca*, 106/84, *Col.*, pp. 833 ss.)

Caso *Comissão / Grécia* (Ac. TJCE 19 de Março de 1991, *Comissão / Grécia*, C-205/89, *Col.*, pp. I-1361 ss.)

Caso *Comissão / Itália* (Ac. TJCE 12 de Julho de 1990, *Comissão / Itália*, C-128/89, *Col.*, pp. I-3239 ss.)

Caso *Comissão / Itália* (Ac. TJCE 26 de Fevereiro de 1991, *Comissão / Itália*, C-180/89, *Col.*, pp. I-709 ss.)

Caso *Comissão / Itália* (Ac. TJCE 7 de Maio de 1987, *Comissão / Itália*, 184/85, *Col.*, pp. 2013 ss.)

Caso *Comissão / Luxemburgo* (Ac. TJCE 26 de Junho de 1991, *Comissão / Luxemburgo*, C-152/89, *Col.*, pp. I-3141 ss.)

Caso *Denkavit Futtermittel* (Ac. TJCE 15 de Novembro de 1979, *Denkavit Futtermittel / Finanzamt Warendorf*, 36/79, *Rec.*, pp. 3439 ss.)

Caso *Geist* (Ac. TJCE 6 de Julho de 1983, *Geist / Comissão*, 117/81, *Rec.*, pp. 2191 ss.)

Caso *Huet* (Ac. TPICE 23 de Março de 1994, *Huet / Tribunal de Contas*, T-8/93, *ColectFP*, pp. II-365 ss.)

Caso *Jordens-Vosters* (Ac. TJCE 10 de Janeiro de 1980, *Jordens-Vosters / Bedrijfsvereniging voor de Leder- en Lederverwerkende Industrie*, 69/79, *Rec.*, pp. 75 ss.)

Caso *Just* (Ac. TJCE 27 de Fevereiro de 1980, *Just / Ministério dos Impostos e Taxas*, 68/79, *Rec.*, pp. 501 ss.)

Caso *Kind* (Ac. TJCE 15 de Setembro de 1982, *Kind / CEE*, 106/81, *Rec.*, pp. 2885 ss.)

Caso *Marshall* (Ac. TJCE 13 de Novembro de 1990, *Marshall*, C-370/88, *Col.*, pp. I-4071 ss.)

Caso *Molkerei-Zentrale* (Ac. TJCE 3 de Abril de 1968, *Molkerei-Zentrale*, 28/67, *Rec.*, pp. 211 ss.)

Caso *Musik-Vertrieb membran* (Ac. TJCE 20 de Janeiro de 1981, *Musik-Vertrieb membran / GEMA*, 55 e 57/80, *Rec.*, pp. 147 ss.)

Caso *Sacchi* (Ac. TJCE 30 de Abril de 1974, *Sacchi*, 155/73, *Rec.*, pp. 409 ss.)

Caso *Schumacker* (Ac. TJCE 14 de Fevereiro de 1995, *Schumacker*, C-279/93, *Col.*, pp. I-225 ss.)

Caso *Seguela* (Ac. TJCE 28 de Abril de 1988, *Seguela / Administração fiscal*, 76, 86 a 89 e 149/87, *Col.*, pp. 2397 ss.)

Caso *Thomas* (Ac. TJCE 30 de Março de 1993, *Thomas e o.*, C-328/91, *Col.*, pp. I-1247 ss.)

Caso *Van Eycke* (Ac. TJCE 21 de Setembro de 1988, *Van Eycke / ASPA*, 267/86, *Col.*, pp. 4769 ss.)

---

Universidade Católica de Petrópolis  
Centro de Teologia e Humanidades  
Rua Benjamin Constant, 213 – Centro – Petrópolis  
Tel: (24) 2244-4000  
[lexhumana@ucp.br](mailto:lexhumana@ucp.br)  
<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana>



LAUREANO, Abel. A CIRCULAÇÃO INTRACOMUNITÁRIA DE BENS CULTURAIS NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA: UM QUADRO COERENTE DE ORIENTAÇÕES JURÍDICAS? **Lex Humana**, v. 7, n. 1, jul. 2015. ISSN 2175-0947. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=771>  
Acesso em: 30 Jul. 2015.

---